

# A POSSIBILIDADE DE DIVÓRCIO INSTANTÂNEO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: UM PASSO ADIANTE NA CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO?

*THE POSSIBILITY OF INSTANT DIVORCE IN BRAZILIAN CIVIL LAW: A STEP AHEAD IN THE CONTRACTUALIZATION OF MARRIAGE?*

**Fábio Siebeneichler de Andrade**<sup>1</sup>

Professor titular de Direito Civil (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

**Darwin Silveira Longhi**<sup>2</sup>

Mestre em Direito, Especialista em Direito de Família e Sucessões (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito civil; direito de família; direito processual civil.

**RESUMO:** O texto objetiva examinar, sinteticamente, a questão da contratualização do casamento e sua consequência no campo do divórcio. Analisa a perspectiva de implantação do denominado divórcio instantâneo, especialmente na esfera extrajudicial. O estudo considera soluções do direito comparado a fim de verificar a adequação do modelo adotado no Direito brasileiro.

**ABSTRACT:** *The text aims to examine, briefly, the issue of contractualization of marriage and its consequence in the field of divorce. It analyzes the prospect of implementing the so-called instant divorce, especially in the extrajudicial sphere. The study considers solutions from comparative law in order to verify the adequacy of the model adopted in Brazilian law.*

**PALAVRAS-CHAVE:** divórcio instantâneo; contratualização do casamento; direito de família.

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS; Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg - Alemanha; Advogado. *E-mail:* fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>.

<sup>2</sup> Advogado no Rio Grande do Sul. *E-mail:* darwinlonghi@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6808309046065544>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0760-0079>.

**KEYWORDS:** *instant divorce; contractualization of marriage; family law.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A alteração do *status* jurídico do casamento na evolução do direito de família; 2 A contratualização do casamento e a facilitação do divórcio; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The alteration of legal status of marriage in development of family law; 2 The contractualization of marriage and the facilitation of divorce; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Dentre as profundas modificações ocorridas no direito de família, tanto no Brasil como também em distintos ordenamentos<sup>3</sup>, sobressaem as flexibilizações relativas ao divórcio, como modo de dissolução do casamento.

Até 1977, o divórcio era vedado no Brasil. Com a Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.1977, institui-se o divórcio no Direito brasileiro, mediante a alteração do art. 175 da Constituição Federal de 1969, de modo que o divórcio seria deferido, nos termos da lei.

Verifica-se que a instituição do divórcio, originariamente, ocorre com restrições, a fim de limitar a sua invocação pelos interessados. Consta do próprio texto da emenda a necessidade para as partes de prévia separação judicial por mais de três anos.

A mais ilustrativa limitação constou, porém, do art. 38 da Lei nº 6.515/1977, pelo qual o divórcio somente poderia ser requerido uma vez, o que suscitou discussões acerca da constitucionalidade dessa previsão, ao final afastadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>. Somente pela via legislativa (Lei nº 7.841/1989), porém, houve a supressão da referida disposição.

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, SCHWAB, Dieter. *Zur Stellung von Ehe und Familie in Staat und Gesellschaft aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*. Palestra. 2008, p. 1 e ss. Disponível em: [https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/presse\\_import/vortrag\\_schwab.pdf](https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/presse_import/vortrag_schwab.pdf). Acesso em: 3 mar. 2021.

<sup>4</sup> Suscitada a sua inconstitucionalidade, mediante representação de inconstitucionalidade (RP 1000-7), foi julgado constitucional o art. 38, por nove votos a dois. Cf. MOLD, Cristian. *Divórcio? Sim, mas só uma vez!* Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/243562/divorcio--sim--mas--so--uma--vez>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Estabelecida essa premissa, acerca do quadro restritivo em que surgiu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, há de se destacar a progressiva evolução ocorrida relativamente a sua regulamentação. Nesse contexto, observa-se que o Código Civil de 2002, a partir do art. 1.573, parágrafo único, permite o divórcio quando a comunhão de vida deixar de existir, o que se configura em fórmula ampla.

Se essa é a questão sobre o plano material, cumpre pontuar que, sob a esfera processual, também se verificaram flexibilizações, como serve de marcante exemplo a Lei nº 11.441/2007, que instituiu o divórcio consensual mediante escritura pública nas hipóteses de ausência de filhos menores ou incapazes. Essa facilitação também se apresenta em outros ordenamentos, sendo destacada pela doutrina francesa a dispensabilidade da presença do juiz para o deferimento do divórcio, pela expressão “*divorce sans juge*”<sup>5</sup>.

No patamar constitucional, sobressai ter subtraído a Emenda Constitucional nº 66/2010, ao formular o § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, qualquer referência a prazos para o pedido de divórcio, nem mencionou a exigência de separação prévia, flexibilizando, portanto, a sua invocação<sup>6</sup>.

Diante disso, desenvolve-se uma possível interpretação do direito ao divórcio ser reconhecido como direito potestativo. Nesses termos, apresenta-se como uma questão atual a possibilidade de o divórcio ser concedido instantaneamente, o que se enquadra no processo de agilização de seu deferimento – denominado como *instant divorce* ou *quick divorce*<sup>7</sup>. De modo específico, nos casos em que o divórcio ainda se procede litigiosamente, formula-se a pergunta se seria suficiente, no Direito brasileiro, o pedido de uma das partes para que o divórcio fosse deferido.

Objetivando contribuir com o tema, que se discute não somente no Direito brasileiro, como também em outras ordens jurídicas, o objetivo singelo

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, PÉRÈS, Cecile. La dejudiciarisation du droit des personnes et de famille. *La Semaine Juridique*, v. 14, p. 29 e ss., 2018.

<sup>6</sup> Há repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 1167478/RG, relativamente aos efeitos da Emenda Constitucional nº 66/2010, especialmente acerca da existência da separação judicial no Direito brasileiro.

<sup>7</sup> Ver, por exemplo, FINE, Mark A.; FINE, David R. An examination and evaluation of recent changes in divorce laws in five Western Countries: the critical rôle of values. *Journal of Marriage and Family*, v. 56, p. 249 e ss., 1994.

deste ensaio teórico é o de analisar, primeiramente, a alteração do *status* do casamento, ressaltando o incremento do seu caráter contratual.

Em segundo lugar, pretende-se examinar, igualmente de forma sintética, a discussão travada sobre a possibilidade de invocação unilateral ou instantânea do divórcio, a partir do debate sobre a sua natureza de direito formativo.

No contexto deste estudo, considerar-se-ão as particularidades da questão, pretendendo, sempre que possível, estabelecer comparações sobre a problemática no Direito brasileiro, com soluções adotadas por outros ordenamentos.

## 1 A ALTERAÇÃO DO *STATUS* JURÍDICO DO CASAMENTO NA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

### 1.1 AS MUDANÇAS NO QUADRO DA FAMÍLIA E SUA REPERCUSSÃO PARA A NATUREZA DO CASAMENTO

Na esfera do direito privado, sobressai a ocorrência de diversas alterações ocorridas no direito de família em distintos ordenamentos<sup>8</sup>. Cuida-se de evolução a que não escapou o Direito brasileiro: com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro revela uma profunda mudança na estrutura do direito de família<sup>9</sup>.

Cumprido, em essência, apenas destacar algumas dessas modificações, relevantes para a temática objeto desta pesquisa: inicialmente, a igualdade formal entre homem e mulher, afetando definitivamente a estrutura patriarcal da família, consagrada no art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988<sup>10</sup>.

Em segundo lugar, há de se apontar para a posição jurídica dos filhos, tendo em vista que houve o reconhecimento do pleno *status* da criança e do adolescente. Essa circunstância ocorreu na esfera internacional, mediante

---

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, DEL PRATO, Enrico. Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo. In: *Diritto privato - Studi in onore di Antonio Palazzo*. Torino: UTET, 2009. p. 227 e ss.; SCHWAB, Dieter. *Zur Stellung von Ehe und Familie in Staat und Gesellschaft aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*. Op. cit., p. 6.

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Sávio. A família legal: uma reflexão filosófica acerca da normatização das relações familiares. In: PEREIRA, Tânia; DE OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antônio (Org.). *Cuidado e afetividade*. Projeto Brasil-Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016. p. 598-600.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 226, § 5º. “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 mar. 2021.

marcos autônomos, como se verifica do exame do art. 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, normativa ratificada na ordem jurídica nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 28/1990, sendo promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710/1990.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e Adolescente, de 1990, a partir do art. 15, reconhece os direitos da criança e do adolescente, afirmando a sua dignidade, sua liberdade, e, no art. 17, o direito ao respeito, contemplando, em seu conteúdo, feixes de direitos, como a imagem, a identidade e a autonomia.

Em terceiro lugar, acentua-se aqui a questão do reconhecimento da dissolubilidade do casamento, mudança especialmente relevante para o tema proposto, o que ocorreu no direito civil brasileiro em 1977, conforme indicado introdutoriamente.

Cuida-se, aqui, de uma profunda reforma no direito de família, na medida em que a ideia tradicional consistia em que o casamento estava intrinsecamente ligado não somente à religião, como também à criação divina<sup>11</sup>. Vinculada a essa premissa, sobressai a questão de o casamento configurar um sacramento, isto é, um ato decorrente da intervenção divina, mas voltado precipuamente à elevação humana<sup>12</sup>. Disso decorre, portanto, sua indissolubilidade e a consequência de ser considerado o único instrumento para a formação da família legítima<sup>13</sup>.

Mesmo que se reconhecesse na doutrina a noção de que o casamento possuía uma base contratual<sup>14</sup>, a partir da conhecida lição de Ulpiano<sup>15</sup>, decorrente da manifestação da vontade das partes, sobressaía preponderantemente na

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, SCHWAB, Dieter. *Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung. Quaderni Fiorentini per il Pensiero Giuridico Moderno*, v. 1, p. 357, 360, 1972.

<sup>12</sup> LE BRAS, Gabriel. *Le mariage dans la théologie et dans le droit de l'Eglise du XIe au XIIIe siècle. Cahiers de Civilisation Médiévale*, p. 191, 193, 1968.

<sup>13</sup> SCHWAB, Dieter. *Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung*. Op. cit., p. 360.

<sup>14</sup> Para o delineamento do casamento como contrato, CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 121-125.

<sup>15</sup> Ulpiano, D. 50, 17.30. *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. (Não é o ato sexual, mas o consenso que faz as núpcias).

ordem jurídica a visão institucionalista do casamento<sup>16</sup>, que privilegiava a sua relevância para a sociedade, e mesmo para o Estado, razão pela qual sua regulação e salvaguarda pelo Direito se apresentava imperiosa<sup>17</sup>.

Ocorre que as alterações indicadas, de modo sintético, anteriormente, propiciam a mudança desse cenário: a família deixa de ser entendida exclusivamente como um grupo fechado, passando a preponderar uma perspectiva de autonomia para seus integrantes. Nesse sentido, verificam-se diversas reflexões sobre as concepções decorrentes dessa percepção, como, por exemplo, a revisão da teoria da imunidade familiar, que percebia a família como uma unidade fechada, avessa à possível intervenção de terceiros para tutelar interesses contrapostos de seus membros<sup>18</sup>.

Nesse contexto, diversos fatores entrelaçam-se para propiciar uma mudança de perspectiva. A ressignificação da posição jurídica dos integrantes da família, com o reconhecimento dos direitos subjetivos dos seus atores, implica que o grupo familiar representa, atualmente, pura e simplesmente, um ponto de encontro entre os diversos interesses de seus integrantes<sup>19</sup>.

Verifica-se, igualmente, um deslocamento da função social da família, na medida em que a finalidade clássica, de transmissão do patrimônio, presente no modelo patriarcal, perde relevo. A criação de espaços públicos e privados contribui, paulatinamente, para que, a partir do equilíbrio entre as posições

<sup>16</sup> A teoria institucionalista inspira-se, preponderantemente, na concepção francesa, a partir da doutrina de Maurice Hauriou. Sobre o tema, ver, por exemplo, MILLARD, Eric. Hauriou et la théorie d'institution. *Droit et Société*, v. 30/31, p. 381 e ss., 1995.

<sup>17</sup> Emblemática da natureza institucional do casamento, configura-se a Constituição da República Democrática alemã (Alemanha Oriental), que, no seu art. 30, estabelecia o seguinte: “*Ehe und Familie bilden die Grundlage des Gemeinschaftslebens*” (Casamento e família moldam a base da vida social). Cf. HOLZHAUER, Heinz. *Krise und Zukunft der Ehe*. *Juristische Zeitung*, v. 10, p. 495, 2009.

<sup>18</sup> A *Family Immunity Doctrine* remonta a um caso da Suprema Corte do Mississipi, intitulado *Hewlett v. George* (1891). Nessa decisão, a Corte anulou uma regra de direito comum que permitia às crianças processarem seus pais por quebra de contrato ou por atos ilícitos relativos à propriedade das crianças ou outros interesses. Considerou-se que uma criança não tinha direito a buscar indenização por danos pessoais causados por atos ilícitos dos pais, enquanto ela e os pais tivessem deveres familiares um com o outro. Na visão do tribunal, haveria uma política pública sólida a considerar: permitir ações judiciais entre membros da família minaria a paz social e a paz das famílias que compõem a sociedade. Sobre o tema, ver, por exemplo, HALEY, Sandra. *The parental tort immunity doctrine: is it a defensible defense?* *University of Richmond Law Review*, v. 30, p. 575, 1996.

<sup>19</sup> Nesse sentido, SCHWAB, Dieter. *Zur Stellung von Ehe und Familie in Staat und Gesellschaft aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*. Op. cit.

entre os partícipes, confira-se uma função de realização pessoal aos seus membros<sup>20</sup>.

Diante disso, ganha expressiva intensidade a referida visão do casamento como contrato, seja na doutrina contemporânea<sup>21</sup>, seja na legislação<sup>22</sup>, implicando o reconhecimento do papel da autonomia privada na esfera familiar. Intensifica-se a questão ainda mais em um ordenamento, como o Direito brasileiro, no qual o casamento perde a primazia de fonte de legitimação da família quando passa a conviver com a união estável<sup>23</sup>, a partir do seu reconhecimento na Constituição Federal, no art. 226, § 3º.

A temática tem plena ressonância na doutrina nacional, mesmo no período correspondente ao Código Civil de 1916: na literatura anterior ao Código de 2002, da parte de voz autorizada, sustentava-se a orientação de o casamento ser precipuamente um contrato<sup>24</sup>; outros autores, porém, consideravam o casamento como um contrato de direito de família, por força precipuamente da conjugação entre o papel da vontade e o caráter institucional<sup>25</sup>.

Na doutrina mais recente, dúvida não há de que o casamento tem como elemento formativo determinante as declarações de vontade, que se unem para formar um só fato jurídico, muito embora se possam vislumbrar distintas

<sup>20</sup> LIMA, Ricardo Alves de. *Função social da família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 40-43.

<sup>21</sup> Por exemplo, STAKE, Jeffrey E.; GROSSBERG, Michael; FINEMAN, Martha; AMAR, Akhil Reed; AUSTIN, Regina; ULEN, Thomas S. (1998). "Opportunities for and limitations of private ordering in family law (Symposium roundtable)", *Indiana Law Journal*, v. 73, n. 2, p. 535 e ss.; ALEXANDER, Gregory S. The new marriage contract and the limits of private ordering. *Indiana Law Journal*, v. 73, n. 2, p. 503, 1998, em que se lê: "Traditionally considered a status-based institution, marriage is now increasingly a matter of contract".

<sup>22</sup> O Código Civil português expressamente considera o casamento como um contrato: "Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código" (PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 20 jan. 2020).

<sup>23</sup> Para um debate jurisprudencial sobre o papel da união estável, ver o RE 878.694, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, para permitir que o companheiro participe da herança em conformidade com o regime do art. 1.829 do Código Civil.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 48.

<sup>25</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1984. p. 17.

concepções por força das suas peculiaridades. Há quem veja o casamento como um contrato de natureza negocial<sup>26</sup>, outros como um ato jurídico negocial – considerando a existência de regras de ordem pública como requisitos de validade –<sup>27</sup>, existindo, ainda, corrente mista<sup>28</sup>.

## 1.2 A CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO NO QUADRO DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Se é certo que a doutrina reconhecia as nuances existentes na natureza do contrato, será a partir da premissa de que o casamento deixa de ser reconhecido preponderantemente como instituição e passa a ser concebido precipuamente como contrato que se pode apontar algumas consequências jurídicas relevantes.

A primeira delas está no plano patrimonial do vínculo matrimonial: reconhece-se a possibilidade de mudança no regime de bens, alterando, assim, a percepção clássica, orientada no sentido da imutabilidade do regime de bens<sup>29</sup>. Essa concepção tinha presente a premissa exposta introdutoriamente: por força da concepção hierárquica da família, temia-se a possibilidade de o homem influenciar o seu cônjuge, obtendo, em decorrência, posições patrimoniais mais favoráveis, relativamente ao regime-regra, ou ao regime estabelecido originariamente.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002, ao disciplinar a matéria no § 2º do art. 1.639, avança relativamente à noção tradicional do tema: acolhe a orientação de que as partes podem alterar o seu regime de bens durante o vínculo matrimonial<sup>30</sup>. Configura-se, assim, uma alteração relevante no que diz respeito

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 110. Consignam também sobre ser o casamento negócio jurídico especial. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Famílias. 8. ed. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2016. p. 184-185.

<sup>27</sup> É a posição de Paulo Lobo: “Casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação da vontade e pelo reconhecimento do estado” (LOBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2020. p. 97).

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Gen, v. 5, 2019. p. 89. *E-book*.

<sup>29</sup> Para uma visão sobre a doutrina clássica da matéria, favorável à não modificação do regime de bens, cf. SAVATIER, R. De la portée et de la valeur du principe de l’immuabilité des conventions matrimoniales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 20, p. 93-121, 1921.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de



ao direito regulado pelo Código Civil de 1916, o que desencadeou expressiva análise doutrinária acerca da matéria<sup>31</sup>.

Essa opção representa uma solução convergente à ideia de que deve prevalecer, na matéria de casamento, a autonomia privada<sup>32</sup>, isto é: cumpre precipuamente aos particulares determinar o modo pelo qual será pautada a sua relação patrimonial durante a constância do casamento, podendo-se mesmo cogitar se não cabe a eles igualmente determinar o seu *modus vivendi* pessoal.

No que concerne à esfera patrimonial, será a sua vontade expressa por uma declaração, que estabelecerá os contornos da matéria, residindo igualmente em seu âmbito de interesses o poder para proceder a uma alteração relativamente ao que foi pactuado.

Cumprido, porém, pontuar que o sistema jurídico brasileiro não conduz às últimas consequências o direito de modificar o regime de bens: a alteração deve ocorrer na esfera judicial, sendo ainda objeto de justificativa, a ser examinada pelo juiz. Desse modo, verifica-se que, nessa matéria, a alteração conduzida no ordenamento jurídico brasileiro foi gradual, pois conservou a possibilidade de alteração na esfera judicial, quando outros ordenamentos permitem que a modificação do regime de bens ocorra na esfera extrajudicial.

Pode-se pontuar, portanto, que o desenvolvimento da noção do casamento como contrato não é, nesse plano, integral, persistindo topicamente o caráter institucionalista, que procura vislumbrar a preservação dos interesses das partes por intermédio do juiz.

---

ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, v. 13, n. 52, p. 193 e ss., 2012.

<sup>32</sup> A literatura sobre a autonomia privada é oceânica. De forma meramente exemplificativa, indica-se: COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatski, 1976. p. 17; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, perspectivas estrutural e funcional. In: *Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer Correia*. Coimbra, v. II, p. 5-39, 1989.

## 2 A CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO E A FACILITAÇÃO DO DIVÓRCIO

### 2.1 A CONSTRUÇÃO DE DIVÓRCIO FACILITADO NO DIREITO CIVIL

A par das consequências indicadas acima, decorrentes da visão contratualista do casamento, sobressai igualmente a facilitação da dissolução do vínculo como um reflexo relevante dessa tendência.

Em harmonia com o referido anteriormente, conhece o direito civil brasileiro uma constante flexibilização quanto às possibilidades para as partes de invocação do divórcio, circunstância sobre o qual se reflexiona igualmente em diversos ordenamentos<sup>33</sup>.

Em decorrência das intensas modificações da vida social, deu-se o incremento do número de divórcios<sup>34</sup>, correspondendo a um anseio do particular que se proceda de modo célere nesse momento, tendo em vista a angústia pessoal que o fim do matrimônio pode acarretar<sup>35</sup>.

Uma primeira perspectiva a respeito consiste na desnecessidade de invocar fundamentos específicos para o pedido de divórcio, o que implica uma simplificação a respeito. Foi o que ocorreu no Direito brasileiro, com a nova redação conferida à matéria pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Um segundo tópico de análise aprofunda sobremaneira o caráter contratual do casamento: cuida-se de subtrair a dissolução do casamento da esfera judicial, de modo a permitir às partes que elas possam pôr fim ao vínculo conjugal, sem controle pelo Judiciário.

Nesse sentido, a grande mudança ocorrida no Direito brasileiro ocorreu mediante a Lei nº 11.441/2007, que instituiu o divórcio consensual mediante escritura pública nas hipóteses de ausência de filhos menores ou incapazes. Em

---

<sup>33</sup> Ver, por exemplo, para uma reflexão nesse sentido: NEINRICK, Claire. *Le couple et la contractualisation de la rupture*. *Les Cahiers de Droit*, v. 4, p. 571 e ss., 2008.

<sup>34</sup> Para um exame sob o ponto de vista da análise econômica, ver, por todos: BECKER, Gary. *A treatise on the family*. 2. ed. Harvard University Press, 1993. p. 331 e ss.

<sup>35</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, SCHWAB, Dieter. *Zur Stellung von Ehe und Familie in Staat und Gesellschaft aus rechtswissenschaftliche Perspektive*. Op. cit., p. 5.

linha com outros ordenamentos<sup>36</sup>, o divórcio consensual passa a ocorrer sem a presença do juiz, no âmbito notarial, impondo-se às partes a demonstração dos requisitos legais e a presença de um advogado.

Cumpre observar, a esse respeito, inicialmente, que se trata de uma faculdade estabelecida para as partes, que não são obrigadas a adotar, portanto, a opção extrajudicial, de modo que elas podem privilegiar a via judicial por razões de sua conveniência<sup>37</sup>.

Além disso, observa-se que, apesar de o legislador nacional propiciar às partes a possibilidade de dissolver o vínculo matrimonial extrajudicialmente, é certo que estabelece alguns requisitos, a fim não somente de propiciar maior segurança jurídica aos cônjuges, como também, eventualmente, aos demais partícipes da família.

Demonstrando que a dissolução do casamento possui um caráter peculiar, como já indicado, exigiu-se que ocorra na esfera notarial, o que não se configura relativamente a outros contratos. Em relação à disciplina geral do distrato, em que as partes consensualmente terminam o contrato por sua autonomia de vontade, o único requisito exigido expressamente pelo Código Civil, no art. 472, será a simetria da forma. Não há qualquer determinação para que o distrato ocorra mediante a intervenção de um tabelião.

Acrescente-se que o ordenamento nacional exige a presença de um advogado para o divórcio, requisito que não se apresenta para o término de outros contratos. Muito embora o divórcio consensual tramite perante o tabelião, que seria, à primeira vista, apto para o controle formal e material das disposições contidas no pacto estabelecido pelas partes, pretendeu o legislador

<sup>36</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, PÉRÈS, Cecile. Op. cit., p. 30-31.

<sup>37</sup> Nesse sentido, as partes que ingressam em Juízo para o divórcio consensual, sob o fundamento de, judicialmente, terem acesso à assistência judiciária gratuita, não estão destituídas de interesse processual. Ver, por exemplo: “Apelação cível. Família. Ação de divórcio consensual. Petição inicial indeferida. Ausência de interesse processual. Descabimento. Necessidade e utilidade do provimento judicial que restam evidenciadas. Faculdade do manejo da pretensão na via extrajudicial. Opção dos postulantes. Necessidade de observação dos requisitos legais. Art. 1.124-A, § 3º, do CPC/1973. Resolução nº 35/2007 do CNJ. Art. 733 do CPC. Desconstituição da sentença que se impõe” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Civil. Apelação Civil nº 70083199992. Ementa: “Apelação cível. Família. Ação de divórcio consensual. [...]”. Apelante: M. R. S.; R. S. S. Apelado: A. J. Relª Desª Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, julgado em 11.12.2019. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083199992&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 3 mar. 2021.

reforçar a segurança jurídica, tentando minimizar potenciais alegações de prejuízo.

Ao mesmo tempo, veda-se o recurso ao divórcio consensual por escritura, nas hipóteses em que na família houver filhos menores, o que demonstra a preocupação de tutelar os interesses de crianças e adolescentes, sob a premissa de que cabe ao Judiciário a sua salvaguarda. A preocupação nesse sentido foi ampliada no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 733, que passa a exigir a judicialização do divórcio consensual também nas hipóteses de presença de nascituros.

Observa-se, portanto, que se trata de um modelo em que a contratualização do casamento, e, por conseguinte, sua dissolução pelo divórcio, foi matizada, permanecendo elementos de controle<sup>38</sup>.

Na atualidade, no Direito brasileiro, pretende-se extrair, a partir da citada Emenda Constitucional nº 66/2010, uma consequência inovadora relativamente à matéria de dissolução do vínculo.

A partir da premissa de que a referida emenda não contempla qualquer pressuposto sobre a matéria, enquadrar-se-ia o divórcio como direito formativo, categoria específica dos direitos subjetivos, razão pela qual a parte estaria legitimada a invocar unilateralmente o término da relação conjugal.

## **2.2 A CONVENIÊNCIA E POSSIBILIDADE DO DIVÓRCIO UNILATERAL NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA PREMISSA DO DIVÓRCIO COMO DIREITO FACULTATIVO**

A matéria dos direitos formativos não é estranha à doutrina clássica brasileira<sup>39</sup>, que reconheceu essa criação dogmática alemã, decorrente de Emil Seckel<sup>40</sup>. Em essência, trata-se de identificar uma espécie própria no quadro dos direitos subjetivos, em que, mediante manifestação de vontade do particular, haveria afetação da esfera jurídica alheia, sem que a outra parte possa se opor.

---

<sup>38</sup> Trata-se de uma solução que se encontra ancorada igualmente à concepção existente em outros ordenamentos. A esse respeito, ver ALEXANDER, Gregory S. Op. cit., p. 503, em que consta o seguinte: "To date, the shift from status to contract is far from complete".

<sup>39</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado - Cadernos de Direito Público*, v. 27, p. 71-81, 2004.

<sup>40</sup> SECKEL, Emil. Cf. *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*. Darmstadt, 1954. p. 12.

Na concepção doutrinária, os direitos formativos distinguem-se em formadores, modificativos e extintivos. Para o presente trabalho, de interesse seriam os direitos extintivos, que correspondem a figuras como resilição, resolução e denúncia do contrato. Também se pode acrescentar a estes exemplos o divórcio, como anteriormente, ao tempo da tratativa originária pela doutrina, o desquite<sup>41</sup>.

Sempre se considerou que a identificação da posição jurídica do particular como direito formativo pode ser de difícil caracterização, razão pela qual, em alguns casos, associa o legislador alemão o exercício do direito formativo à intervenção judicial (*gerichtliche Mitwirkung*)<sup>42</sup>, a fim de que ele possa vislumbrar a existência ou não dos pressupostos legais, ou mesmo mitigar o poder de autonomia privada inserido no conceito de direito formativo. Trata-se de uma particularidade reconhecida pela doutrina nacional, no exame do tema<sup>43</sup>.

A razão para essa construção decorre que, para a ordem jurídica alemã, considerar-se-ia como insuportável (*unerträglich*) que as partes pretendessem, unilateralmente, mediante notificações privadas, reputar dissolvido o casamento<sup>44</sup>.

Nesse contexto, tendo-se presentes as particularidades relativas à teoria do direito formativo no Direito alemão, cumpre verificar a que resultados a conceituação do divórcio como direito formativo deve conduzir no Direito nacional.

Uma primeira iniciativa decorrente da identificação do divórcio como direito formativo na ordem jurídica nacional verifica-se mediante o Provimento nº 06/2019 do Conselho Geral de Justiça de Pernambuco: seu objetivo foi o de “regulamentar o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de

<sup>41</sup> Nesse sentido, ver, por exemplo, COUTO E SILVA, Almiro. Op. cit., p. 81.

<sup>42</sup> Sobre esse ponto, SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 19. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 85.

<sup>43</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Op. cit., p. 83: “Por último, no direito privado o exercício dos direitos formativos às vezes opera, *per se*, a criação, modificação ou extinção de relação jurídica; às vezes, entretanto, necessita de que a ele se junte outro ato, geralmente ato estatal, para produzir esse resultado. O simples pedido de desquite não tem, por si só, a força de dissolver a sociedade conjugal, o que só por sentença se consuma. Do mesmo modo, a anulação ou rescisão de ato jurídico pressupõe além de exercício de direito formativo extintivo, decisão judiciária”.

<sup>44</sup> SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Op. cit., p. 85.

casamentos, do divórcio do cônjuge interessado, a partir de sua manifestação de vontade, como expressão de seu direito potestativo<sup>45</sup>”.

O exercício de autonomia privada do cônjuge estava subsumido, porém, ao preenchimento de certos requisitos: inexistência de nascituro e filhos menores. Além disso, considerava-se que a expressão da vontade de divórcio unilateral implicava a intenção de partilha posterior pela parte.

Essa expressiva providência administrativa encontrou resistência, tendo sido determinada a sua revogação. De um lado, a medida implicava legislação sobre matéria de direito civil, a qual, por ser de competência privativa da União, não poderia prevalecer. De outro, considerou-se infração ao princípio da isonomia legislativa, na medida em que se instituíam critérios distintos para uma unidade da federação, em disparidade relativamente ao sistema previsto para as demais<sup>46</sup>.

Nesse contexto, emitiu o Corregedor Nacional de Justiça a Recomendação nº 36/2019, pelo qual dispunha aos Tribunais de Justiça para se abster de editar atos regulamentando a averbação de divórcio extrajudicial por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges (divórcio impositivo), bem como a revogação de atos eventualmente existentes nesse sentido<sup>47</sup>.

Na doutrina nacional, advoga-se em sentido favorável ao divórcio como direito formativo, sob a fundamentação de que essa posição facilitaria a sua decretação, evitando as dificuldades operacionais, ou mesmo circunstâncias pessoais, nos casos em que o outro cônjuge não quer conceder o fim do vínculo conjugal por mera “implicância pessoal”<sup>48</sup>.

Sobressai, na doutrina, a valorização da autonomia da vontade e a pretensão de ter presente a aludida característica da contratualização do casamento também para a hipótese de dissolução. Nesse sentido, vislumbra-se

---

<sup>45</sup> PERNAMBUCO. Corregedoria Geral do Estado de Pernambuco. Provimento nº 06/2019. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em: 4 mar. 2020.

<sup>46</sup> PEREIRA, Júlia Janeiro. *Divórcio unilateral*: discussão sobre sua regulamentação. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1613/Div%C3%B3rcio+unilateral%3A+discuss%C3%A3o+sobre+a+sua+regulamenta%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>47</sup> Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2923>.

<sup>48</sup> TARTUCE, Flávio. *O divórcio unilateral*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1342/O+div%C3%B3rcio+unilateral+ou+impositivo++>. Acesso em: 27 jan. 2021.

certa correspondência à resilição unilateral prevista para os contratos em geral, para quem prefere chamar de “divórcio unilateral”<sup>49</sup>.

No mesmo sentido, ao defender-se a figura do divórcio unilateral, também denominado de divórcio impositivo, suscita-se que não se deveria atribuir relevância ao suposto inconformismo da outra parte, na medida em que essa posição implicaria restrição da concepção de direito potestativo<sup>50</sup>.

Essa posição doutrinária originou o Projeto de Lei nº 3.457/2019, com a finalidade de conceber nova modalidade de divórcio extrajudicial, a partir da iniciativa de um dos cônjuges, nas hipóteses previstas no *caput* do art. 733 do Código de Processo Civil<sup>51</sup>.

Muito embora haja avanço em relação à matéria no plano legislativo, o tema não possui plena harmonia: haveria necessidade de manutenção do quadro legal, na hipótese de pleito unilateral de divórcio. Nesse caso, por força do caráter institucional do casamento e das suas implicações pessoais e patrimoniais, a solução deveria ser a conservação da via judicial<sup>52</sup>.

Tendo em vista a longa tramitação legislativa de projetos na ordem jurídica nacional, cumpre tratar da segunda variante, que também se encontra ancorada na visão do divórcio como direito potestativo.

No caso, impossibilitada a parte de obter individualmente o divórcio na esfera extrajudicial, e não se configurando o requisito da consensualidade exigida pelo art. 733 do CPC, o procedimento na esfera judicial poderia ser abreviado, com o deferimento do divórcio sem a citação da outra parte.

---

<sup>49</sup> TARTUCE, Flávio. *O divórcio unilateral*. Op. cit. Acesso em: 27 jan. 2021.

<sup>50</sup> DELGADO, Mário Luiz; SIMÃO, José. *Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/processo-familiar-barrar-declaracao-unilateral-divorcio-negar-natureza-coisas>. Acesso em: 27 jan. 2021.

<sup>51</sup> A redação que o projeto propõe ao novo art. 733-A do CPC: “Art. 733-A. Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais” (BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.457/19*. Autor do projeto de lei: Senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em: 27 jan. 2021).

<sup>52</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A vitória da legalidade*. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/artigo-a-vitoria-da-legalidade-por-regina-beatriz-tavares-da-silva/>. Acesso em: 4 mar. 2021.

Na doutrina nacional, essa posição encontra ressonância. Também aqui prevalece a noção de valorizarem-se as escolhas afetivas e a autonomia da vontade, bem como a circunstância de reconhecer-se a efetiva finalidade do processo<sup>53</sup>. Na jurisprudência, porém, a orientação não é dominante. Há de se reconhecer a existência de decisões no sentido acima indicado<sup>54</sup>, especialmente quando se depara o Judiciário com dificuldades para a formação da relação processual<sup>55</sup>.

Cumpre apontar que, para o Superior Tribunal de Justiça<sup>56</sup>, considera-se que haveria impossibilidade de deferir liminarmente o divórcio, sob o fundamento de caracterizar-se a irreversibilidade da medida, por força do que consta no art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil<sup>57</sup>, na medida em que, uma vez deferido liminarmente o divórcio, estaria vedado às partes o retorno ao *status quo ante*, na mesma ação, salvo por novo casamento, em face da expressa vedação do art. 33 da Lei do Divórcio<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; DA ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria geral do afeto*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 341-342.

<sup>54</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. Apelação Civil nº 70077179489. Ementa: “Apelação cível. Família. Ação de divórcio, cumulada com pedido de alimentos e partilha de bens. Manutenção da decretação do divórcio. Obrigação alimentar entre cônjuges. Cabimento, no caso. [...] 2. Ainda que assim não fosse, à decretação do divórcio, direito potestativo, é desnecessária a concordância da parte contrária [...]”. Apelante: G. A. S. Apelado: V. R. D. S. Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 16.08.2018. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70077179489&codComarca=7000&perfil=0>. Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>55</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 00424932620198190000. Ementa: “Agravo de instrumento. [...] Direito potestativo. Plausibilidade demonstrada. Demora processual consistente na ausência de êxito em citar o réu que não poderá acarretar prejuízo à demandante, que pretende contrair novo matrimônio. Contraditório que poderá ser adiado. Nada alterará a manifestação de vontade da parte interessada na dissolução da união conjugal e consequente mudança do estado civil”. Agravante: Luana Gomes. Agravado: Filipe Miranda. Relª Desª Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello. Rio de Janeiro, julgado em 07.08.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047B0B59A994A7C14D49E67E9812C4E3BBC50A5C050364&USER=>. Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>56</sup> Ver Recurso Especial nº 1.884.545/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, J. 27.03.2020; no mesmo sentido, ver AREsp 1578743, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 18.10.2019.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 13.105. Código de Processo Civil. Art. 300, § 3º. “A tutela de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade de sua decisão”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 6.515. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. “Art. 33. Se os cônjuges divorciados quiserem



Essa orientação existente no plano Superior Tribunal de Justiça também encontra acolhimento em Cortes estaduais, como pode servir de exemplo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>59</sup>.

É certo que o pedido de divórcio dispensa a necessidade de instrução probatória, razão pela qual o ideal seria uma decisão célere, o que poderia ocorrer, no terreno judicial, pela via do julgamento antecipado parcial de mérito, nos moldes dos arts. 355, I, ou 356, II, do CPC<sup>60</sup>.

Não se pode, justamente, conceber que se faculte à parte a utilização do processo a fim de, pura e simplesmente, retardar o deferimento do divórcio, impedindo, desse modo, que a parte obtenha a sua pretensão de dissolução do casamento.

Há de se reconhecer que a preservação das pessoas em um casamento rompido, ou fracassado, pode ser qualificada como uma violação de sua personalidade<sup>61</sup>, de modo que a decretação do divórcio deve ser objeto de uma instrumentalização facilitada.

Observe-se, porém, que o exame das soluções adotadas em outros ordenamentos aponta para a adequação da solução brasileira. Em primeiro

---

restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>59</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70084729490. "Ementa: 1. Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, não é cabível a decretação do divórcio antes mesmo da angularização da relação jurídico processual. 2. Ausente qualquer hipótese que autorize a concessão da tutela de evidência e não demonstrado o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada da urgência - faltante inclusive a certidão de casamento [...]. Agravo desprovido". Agravante: P. C. T. C. Agravado: L. V. C. Relatora Vera Lúcia Deboni, julgado em 15.12.2017. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084729490&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>60</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 70072416100. "Ementa: [...] 3. O provimento deste recurso limita-se à desconstituição da sentença no que diz com a extinção do feito relativamente às pretensões cumuladas (item 'a' do dispositivo sentencial). Resta, porém, subsistente o decreto de divórcio (item 'b' do dispositivo sentencial). Tal solução é agora autorizada pelo art. 356, I, do CPC, na medida em que não há controvérsia quanto ao pedido de divórcio. [...]". Apelante A. A. C. Apelado: L. R. C. Relator Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 23.03.2017. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&numero\\_processo\\_mask=&numero\\_processo=70072416100&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&numero_processo_mask=&numero_processo=70072416100&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>61</sup> Nesse sentido, ver SCHWAB, Dieter. *Zur Stellung von Ehe und Familie in Staat und Gesellschaft aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*. Op. cit., p. 8.

lugar, no Direito alemão, em que a dignidade da pessoa humana desempenha papel fundamental na ordem jurídica constitucional e privada, a mecânica do divórcio é precipuamente judicial, não se facultando, portanto, às partes sequer o acesso ao divórcio extrajudicial<sup>62</sup>.

O paradigma do Direito alemão revela, portanto, que a admissão de determinados pressupostos para a parte pleitear o divórcio extrajudicialmente, ou a circunstância de existirem requisitos processuais na hipótese de divórcio judicial litigioso, não configura, *de per se*, uma orientação da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, o Direito francês, ao permitir o divórcio extrajudicial, no art. 229-1 do Código Civil, exige não somente a consensualidade, como também determina, no art. 229-4, que as partes devam respeitar um prazo de reflexão de quinze dias, antes da assinatura do acordo definitivo, sob pena de nulidade<sup>63</sup>.

Observe-se, ainda, que, em reforma relativa ao divórcio, prevista para entrar em vigor em 2021 (*Divorce, dissolution and Separation Act 2020*), na Inglaterra e País de Gales, foi flexibilizado o deferimento do divórcio, tendo sido afastada a discussão da culpa como fundamento para a dissolução do vínculo (*No-fault divorce*). Mesmo nesse contexto, manteve-se a exigência de um tempo mínimo de vinte semanas para a decisão inicial do juiz (*conditional order*), seguido por um período de seis semanas para a decretação final do divórcio (*final order*)<sup>64</sup>.

Nesse sentido, a singela referência a esses modelos aponta que a opção nacional não se revela distante das concepções contemporâneas relativamente

---

<sup>62</sup> ALEMANHA. Código Civil. § 1.564 do Código Civil alemão: “*Eine Ehe kann nur durch richterliche Entscheidung auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden*” (Um casamento somente pode ser dissolvido pelo divórcio mediante pedido em juízo por um ou por ambos os cônjuges). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de>. Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>63</sup> FRANÇA. Código Civil. “*Art. 229-4. L’avocat adresse à l’époux qu’il assiste, par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l’expiration d’un délai de réflexion d’une durée de quinze jours à compter de la réception*”. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006149977/#LEGISCTA000006149977](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006149977/#LEGISCTA000006149977). Acesso em: 4 mar. 2021.

<sup>64</sup> INGLATERRA. *Divorce, dissolution and Separation Act 2020*. “*Art. 1: 4) A divorce order – (a) is, in the first instance, a conditional order, and (b) may not be made final before the end of the period of 6 weeks from the making of the conditional order*”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/enacted>. Acesso em: 4 mar. 2021.

ao *modus operandi* do divórcio. Em nenhum dos exemplos indicados se encontra a solução de que apenas a uma das partes se faculte, no plano extrajudicial, o pedido de divórcio.

Pondere-se, também, que, muito embora se possa vislumbrar o desenvolvimento da concepção contratualista do casamento em diversas ordens jurídicas, verifica-se que essa concepção ainda é permeada pela presença de pressupostos que indicam a sobrevivência do papel institucional do matrimônio.

Por fim, cumpre destacar que o estabelecimento de prazos de reflexão, como no sistema francês, mesmo para o divórcio consensual, revela a preocupação em resguardar a posição jurídica das partes eventualmente menos favorecidas no casamento, bem como o objetivo de evitar o esgotamento do aparato administrativo. Trata-se de uma concepção passível de inspiração para o Direito brasileiro.

## CONCLUSÃO

O Direito possui a finalidade de regular a vida social, estabelecendo a moldura jurídica para o desenvolvimento interpessoal. Nesse sentido, a ordem jurídica nacional estabelece, na esfera constitucional, no art. 226 da Constituição Federal, diversas diretrizes para a tutela da família.

Houve uma clara opção quanto à moldura a ser dada pela ordem constitucional relativamente ao modelo familiar, tendo sido estabelecido que o casamento se dissolve pelo divórcio, no art. 226, § 6º.

Diante disso, propiciou a Constituição brasileira espaço para o legislador ordinário estabelecer os requisitos para o divórcio, não se podendo inferir, *prima facie*, que a inexistência de quaisquer requisitos materiais no texto constitucional impediria o estabelecimento de um *modus operandi* para a sua invocação.

No atual quadro, por força da redação dada pela Emenda nº 66/2010, deve-se considerar como um obstáculo ao exercício do divórcio a existência de prazos ou etapas prévias para a interposição do divórcio.

É certo que encontrar o equilíbrio entre o que deve ser regulado pelo Estado e o que pode ser deixado por livre decisão e regulação dos particulares nem sempre é tarefa de fácil averiguação.

Deve-se valorar e valorizar a autonomia da vontade, na medida em que possibilita aos particulares dispor sobre seus interesses, se associarem e se vincularem juridicamente por meio da sua vontade. No plano dogmático, porém, a circunstância de o divórcio ser considerado classicamente como um direito formativo não implica dizer que o legislador não possa exigir o preenchimento de formalidades para o seu exercício.

Cumprindo assinalar que, na esfera puramente contratual, o Direito brasileiro estabelece requisitos específicos para o término da relação contratual, como na hipótese do contrato de locação, regulado pela Lei nº 8.245/1991.

Da mesma forma, mesmo o exercício da resilição, previsto no art. 473 do Código Civil, convive com a restrição contida no parágrafo único do mesmo dispositivo, caso em que se pretendeu limitar a eficácia do prazo contemplado na denúncia encaminhada à outra parte, a fim de proteger seus interesses.

No que concerne, porém, especificamente ao casamento, há de se ter presente que sua disciplina no Direito brasileiro, muito embora contratualizada, convive com a visão institucionalista.

A matéria de modificação do regime de bens é emblemática a respeito. A solução brasileira foi marcadamente restritiva: o pedido de modificação deve ser conjunto, motivado, devendo igualmente tramitar na esfera judicial. Trata-se de opção distinta de soluções contemporâneas, como é o caso do Direito francês, que estabeleceu a esfera extrajudicial para essa pretensão.

Examinando-se, portanto, o regime do casamento em sua totalidade, a fim de estabelecer uma disciplina harmoniosa, soa peculiar que se possa dissolver o vínculo unilateralmente, quando ele não ocorre para uma matéria inerente à mecânica do contrato.

Por fim, a circunstância de se exigir a consensualidade para o divórcio extrajudicial não se configura como uma limitação do divórcio, ou uma subtração do poder contido na figura do direito potestativo: em essência, o Direito brasileiro privilegia uma solução integradora entre a concepção contratual do casamento, a tutela do interesse mútuo dos partícipes do vínculo e a funcionalidade da ordem jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory S. The new marriage contract and the limits of private ordering. *Indiana Law Journal*, v. 73, 2, 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: *Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer Correia*. Coimbra, v. II, 1989.

BECKER, Gary. *A treatise on the family*. 2. ed. Harvard University Press, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 3.457/2019*. Autor do projeto de lei: Senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>.

COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado – Cadernos de Direito Público*, v. 27, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatski, 1976.

CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

DELGADO, Mário Luiz; SIMÃO, José. *Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/processo-familiar-barrar-declaracao-unilateral-divorcio-negar-natureza-coisas>.

DEL PRATO, Enrico. Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo. In: *Diritto Privato – Studi in onore di Antonio Palazzo*. UTET, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; DA ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria geral do afeto*. Salvador: JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Famílias. 8. ed. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2016.

FINE, Mark A.; FINE, David R. An examination and evaluation of recent changes in divorce laws in five Western Countries: the critical role of values. *Journal of Marriage and Family*, 1994.

FRANÇA. Código Civil. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCT000006149977/#LEGISCTA000006149977](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCT000006149977/#LEGISCTA000006149977).

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HALEY, Sandra. The parental tort immunity doctrine: is it a defensible defense? *University of Richmond Law Review*, v. 30, 1996.

HOLZHAUER, Heinz. *Krise und Zukunft der Ehe*. *Juristische Zeitung*, v. 10, 2009.

INGLATERRA. *Divorce, dissolution and Separation Act 2020*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/enacted>.

LE BRAS, Gabriel. Le Mariage dans la théologie et dans le droit de l'Eglise du XIe au XIIIe siècle. *Cahiers de Civilisation Médiévale*, 1968.

LIMA, Ricardo Alves de. *Função social da família*. Curitiba: Juruá, 2013.

LOBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2020.

MILLARD, Eric. *Hauriou et la théorie d'institution*. *Droit et société*, v. 30/31, 1995.

MOLD, Cristian. *Divórcio? Sim, mas só uma vez!* Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/243562/divorcio--sim--mas-so-uma-vez>.

NEINRICK, Claire. Le Couple et la contractualisation de la rupture. *Les Cahiers de Droit*, v. 4, 2008.

PEREIRA, Júlia Janeiro. *Divórcio unilateral: discussão sobre sua regulamentação*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1613/Div%C3%B3rcio+unilateral%3A+discuss%C3%A3o+sobre+a+sua+regulamenta%C3%A7%C3%A3o>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Tânia; DE OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antônio (Org.). *Cuidado e afetividade*. Projeto Brasil-Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016.

PÉRÈS, Cecile. La Déjudiciarisation du droit des personnes et de famille. *La Semaine Juridique*, v. 14, 2018.

PERNAMBUCO. Corregedoria Geral do Estado de Pernambuco. *Provimento nº 06/2019*. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344. *Código Civil português*. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1984.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 00424932620198190000*. Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello, julgado em 07.08.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047B0B59A994A7C14D49E67E9812C4E3BBC50A5C050364&USER=>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil nº 70072416100*. Apelante A. A. C. Apelado: L. R. C. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 23.03.2017. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70072416100&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70072416100&codEmenta=7706337&temIntTeor=true).

\_\_\_\_\_. *Agravo de Instrumento nº 70084729490*. Agravante: P. C. T. C. Agravado: L. V. C. Relatora Vera Lúcia Deboni, julgado em 15.12.2017. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084729490&codComarca=700&perfil=0>.

\_\_\_\_\_. *Apelação Civil nº 70077179489*. Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 16.08.2018. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70077179489&codComarca=700&perfil=0>.

\_\_\_\_\_. *Apelação Civil nº 70083199992*. Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, julgado em 11.12.2019. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083199992&codComarca=700&perfil=0>.

SAVATIER, R. De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 20, 1921.

SCHWAB, Dieter. Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung. *Quaderni Fiorentini per il Pensiero Giuridico Moderno*, v. 1, 1972.

\_\_\_\_\_. *Zur Stellung von Ehe und Familie in Staat und Gesellschaft aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*. Palestra. 2008. Disponível em: [https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/presse\\_import/vortrag\\_schwab.pdf](https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/presse_import/vortrag_schwab.pdf).

\_\_\_\_\_; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 19. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.

SECKEL, Emil. *Cf. Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*. Darmstadt, 1954.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A vitória da legalidade*. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/artigo-a-vitoria-da-legalidade-por-regina-beatriz-tavares-da-silva/>.

STAKE, Jeffrey E.; GROSSBERG, Michael; FINEMAN, Martha; AMAR, Akhil Reed; AUSTIN, Regina; ULEN, Thomas S. (1998). "Opportunities for and limitations of private ordering in family law (Symposium roundtable)", *Indiana Law Journal*, v. 73, v. 2.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Gen, v. 5, 2019. E-book.

\_\_\_\_\_. *O divórcio unilateral*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1342/O+div%C3%B3rcio+unilateral+ou+impositivo++>.

XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, v. 13, n. 52, 2012.

Submissão em: 05.03.2021

Avaliado em: 03.12.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 30.11.2021 (Avaliador D)

Avaliado em: 21.09.2021 (Avaliador J)

Aceito em: 26.01.2022